EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

JOSÉ NABUCO GALVÃO DE BARROS FILHO, brasileiro, divorciado, advogado, inscrito na OAB, Secção de São Paulo, sob o nº 147.285, com endereço na cidade de São Paulo, _____ vem, respeitosamente, com fundamento no art. 5º, LXVIII, e art. 647 do Código de Processo Penal, perante Vossa Excelência, impetrar ordem de

HABEAS CORPUS,
com pedido liminar,

em favor de **V.A.M.,** brasileira, solteira, enfermeira, RG n° SSP-SP, residente e domiciliada na cidade de Jaú, Av. **, nº ****, , , atualmente presa, que se encontra sofrendo constrangimento ilegal, por parte do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Jaú, **caracterizado pela manutenção da prisão preventiva na sentença condenatória, sem fundamentação idônea (proc. 000****-**.2012.8.26.****)** pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

1. OS FATOS

V.A.M. foi denunciada porque teria ameaçado, com o emprego de arma de fogo, A.R.Jr. e M.R., com o fim de recebimento de R$ 12.500,00. Segundo a própria denúncia, A.R.Jr. reconheceu que devia à paciente R$ 4.000,00, valor que lhe fora emprestado quando ambos viviam em união estável, que durou cerca de 7 anos **(doc. 01).**

Atendendo a representação da autoridade policial, no dia 03 de abril de 2012, o MM. Juiz, na mesma decisão, determinou a busca domiciliar com o fim de apreender arma de fogo que teria sido usada no suposto crime, bem como decretou prisão preventiva da paciente **(doc. 02)**. A paciente foi presa e o mandado de busca foi cumprido, mas NENHUMA arma foi encontrada/apreendida **(doc. 03)**.

No dia 20 de junho de 2012, o MM. Juiz concedeu a liberdade provisória e impôs o cumprimento das seguintes medidas cautelares alternativas: "(i) afastamento e não aproximação das vítimas e seus familiares, devendo manter-se afastada no mínimo 100 metros de tais pessoas, de suas residências e de seus locais de trabalho; (ii) comparecimento mensal no cartório deste juízo para informar e justificar suas atividades; (iii) não se ausentar da comarca sem prévia autorização do juízo" **(doc. 04)**.

Em liberdade, a paciente teria se envolvido em eventual crime de lesão corporal e ameaça, cometidos contra a enfermeira que trabalhava na casa, onde antes trabalhava a paciente. Embora tal fato nenhuma relação tivesse com os fatos narrados na inicial da ação penal em trâmite, a mesma autoridade policial que havia feito a

representação anterior, novamente fez representação para que fosse decretada a prisão preventiva. Alegou ser "notório" (sic) que a liberdade da paciente traria "à família Morivaldo maiores transtornos, além dos ocorridos, além do temor pelo qual estão passando", em alusão aos fatos que nenhuma relação guardam com os fatos objetos da ação penal. **(doc. 05)**.

O MM. Juiz, no dia 06 de agosto de 2012, com base na mera lavratura de Boletim de Ocorrência, por fatos que nenhuma relação guardam com os fatos objeto da ação penal, noticiando "suposta prática de inúmeros delitos, dentre os quais o de lesões corporais, ameaça e resistência", decretou a prisão preventiva. Segundo aduziu "as medidas cautelares determinadas anteriormente não se mostraram adequadas e suficientes para que a acusada se mantivesse afastada de novos atos criminosos." Em conclusão, decretou a prisão "visando preservar a ordem pública e a aplicação da lei penal". **(doc. 05)**

Presa desde então, a paciente foi condenada em 06 de maio de 2013, a pena de 10 anos e 8 meses. **Embora denunciado por um só delito de extorsão**, entendeu a MM. Juíza que estava presente o concurso material de delitos, razão pela qual foram aplicadas cumulativamente duas penas, 5 anos e quatro meses para cada crime. Ou seja: julgou-se **extra petita** e com isso rompeu-se a regra da congruência, que no processo penal é representada no sintagma que interliga fato-pedido-fundamentação-dispositivo.

Na sentença, a MM. Juíza entendeu presente a majorante pelo emprego de arma de fogo, **embora esta nunca tenha sido encontrada**, e não aplicou a detração determinada pelo § 2º do art. 387, do Código de Processo Penal, por entendê-la inconstitucional. No

ponto, aliás, sem que a vislumbrada "inconstitucionalidade" tenha sido manifestada pela acusação ou defesa, revelando uma arbitrária e autoritária distorção do controle difuso de constitucionalidade.

Na sentença condenatória foi mantida a prisão preventiva, **sem fundamentação compatível com a exigência do § 1º, do art. 387, CPP**, nos seguintes termos: *"A ré não poderá apelar em liberdade, pois continuam presentes os motivos que ensejaram a decretação de sua custódia cautelar, notadamente a necessidade de garantia da ordem pública."* **(doc. 06)**

Como se demonstrará a seguir, a paciente se encontra sofrendo gravíssimo constrangimento ilegal, razão pela qual deve ser concedida a presente ordem de *habeas corpus*.

2. BREVÍSSIMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROBABILIDADE DE REFORMA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Apenas para que se tenha clareza da dimensão do constrangimento ilegal que está suportando a paciente, convém fazer brevíssimas considerações sobre as teses defensivas que serão alegadas no recurso de apelação.

A principal tese é a desclassificação para o crime de **exercício arbitrário das próprias razões** (art. 345, CP), já que a todo momento a paciente fala que estava cobrando valores que lhe eram devidos pela suposta vítima, com quem a paciente viveu em união estável durante sete anos. A própria vítima admite que devia (R$ 4.000,00) valor à paciente, apenas alegando que ela cobrava valor superior à dívida (R$ 12.500,00), fato que é reconhecido na denúncia.

Ainda que tal tese não prosperasse, **seria de rigor a não aplicação da causa de aumento de pena**, já que foi cumprida ordem judicial de busca da arma na residência da paciente e NÃO se encontrou o revólver que a vítima alega que ela usou para ameaçá-lo. **Ora, é clara a jurisprudência no sentido de que se a arma não pôde ser periciada para se atestar sua existência, é impossível a aplicação da majorante**.[1]

Em clara afronta ao princípio da correlação/congruência entre denúncia (=pedido) e sentença (=dispositivo), **embora a denúncia impute à paciente apenas um crime de extorsão**, a MM. Juíza, na sentença condenatória considerou a existência de dois crimes, como se fossem dois contextos fáticos diversos. *"Primeiramente, cumpre ressaltar que a denúncia narra os crimes de extorsão contra as vítimas A.R.Jr. e Maurício no dia 29 de fevereiro de 2012, em momentos distintos. Em que pese na capitulação jurídica o Exmo. Promotor de Justiça não tenha feito menção ao concurso material (art. 69, CP), a ré se defende dos fatos e este narraram claramente a prática dos delitos contra vítimas distintas."* (sublinhado no original). A defesa foi surpreendida com a decisão da juíza, já que toda a alegação havia sido baseada na acusação de UM só crime. Tal absurdo jurídico dobrou a pena da paciente.

Se extorsão consumada tivesse ocorrido, seria apenas um crime de extorsão simples, o que, com a detração

[1] AÇÃO PENAL. Condenação. Delito de roubo. Art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal. Pena. Majorante. Emprego de arma de fogo. Instrumento não apreendido nem periciado. Ausência de disparo. Dúvida sobre a lesividade. Ônus da prova que incumbia à acusação. Causa de aumento excluída. HC concedido para esse fim. Precedentes. Inteligência do art. 157, § 2º, I, do CP, e do art. 167 do CPP. Aplicação do art. 5º, LVII, da CF. Não se aplica a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, a título de emprego de arma de fogo, se esta não foi apreendida nem periciada, sem prova de disparo. (STF — HC 95740 — Rel. Min. Cezar Peluso — 2ª Turma — 02.06.2009)

determinada pelo § 2º do art. 387, CPP, que a MM. Juíza reputou inconstitucional, levaria a pena abaixo de 4 anos, o que permitiria a fixação do regime aberto para início de cumprimento da pena.

Verifica-se, também, que há equívoco na condenação por crime de extorsão consumada, razão pela qual, se a tese principal não for acolhida, forçoso é reconhecer que se trata de **crime tentado**. Isso, porque a extorsão se consuma quando a vítima faz ou deixa de fazer o que foi exigido, independentemente de obtenção da vantagem. A classificação de tal crime como formal, ou de consumação antecipada, não significa que sua consumação ocorra apenas com a ameaça, posto que o verbo-núcleo do tipo é "constranger", que tem o sentido de obrigar.

Nessas brevíssimas considerações, verifica-se o tamanho do constrangimento que sofre a paciente. Não se trata do respeito ao princípio da presunção de inocência, em sua concepção abstrata, mas de grande probabilidade de uma reforma da sentença condenatória, que levará, senão a absolvição, ao menos à diminuição significativa da pena, o que ensejaria, inclusive, a possibilidade de fixação do REGIME ABERTO.

3. IMPOSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO PREVENTIVA EM VIRTUDE DE FATOS NÃO RELACIONADOS AO CRIME OBJETO DA AÇÃO PENAL

A prisão preventiva foi decretada em 06 de agosto de 2012, em razão de representação feita pela autoridade policial, noticiando que a paciente havia, supostamente, praticado crime de lesão corporal leve contra uma mulher com a qual se desentendeu em razão de trabalho.

Como a MM. Juíza, no momento da sentença condenatória decretou a prisão preventiva sem fundamento próprio, mas apenas fazendo remissão à prisão anteriormente decretada, é imprescindível uma análise dos fundamentos usados para se decretar a prisão durante a instrução.

Em razão disso, o MM. Juiz sustentando que "as medidas cautelares determinadas anteriormente não se mostraram adequadas e suficientes para que a acusada se mantivesse afastada de novos atos criminosos." Decretou a prisão "visando preservar a ordem pública e a aplicação da lei penal".

Contudo, esse fundamento é insustentável, conforme se verá a seguir.

Primeiro é importante observar que as medidas cautelares impostas não foram desobedecidas. A decisão do MM. Juiz estabeleceu como medidas cautelares: "(i) afastamento e não aproximação das vítimas e seus familiares, devendo manter-se afastada no mínimo 100 metros de tais pessoas, de suas residências e de seus locais de trabalho; (ii) comparecimento mensal no cartório deste juízo para informar e justificar suas atividades; (iii) não se ausentar da comarca sem prévia autorização do juízo".

Em nenhum momento se noticia nos autos que tais medidas cautelares tenham sido desatendidas.

O fato que ensejou a representação da autoridade policial foi um desentendimento que a paciente teve com outra mulher, enfermeira como ela, em razão do seu emprego. Essa outra mulher a acusou de prática de lesão corporal leve e ameaça.

É evidente que a feitura de um singelo Boletim de Ocorrência noticiando eventual ocorrência de crime não pode justificar a decretação de prisão preventiva, pela clara afronta ao princípio da presunção da inocência. Tal fato está muito longe de autorizar a afirmativa de que se trata de reiteração criminosa, pois não se pode presumir a veracidade das acusações que lhe são feitas. Ademais, são atos de natureza diversa, que nenhuma relação guarda com o crime que é objeto da ação penal na qual se decretou a prisão preventiva.

A admissão da decretação da prisão preventiva em um processo, sob a alegação de que teria a ré praticado outro crime, não relacionado com o crime dos autos, cria uma situação inusitada, como se houvesse para o caso um juiz com competência universal. Se outro crime existiu, apenas o juiz da nova causa teria competência para a decretação da prisão preventiva. Ocorre que os supostos novos crimes (lesão corporal leve e ameaça), em razão da pena máxima, não admitem a prisão preventiva nos termos do art. 313, I, do Código de Processo Penal. Desse modo, a decretação da prisão preventiva na ação penal por crime de extorsão em trâmite é uma forma clara de afrontar a proibição de decretação da prisão preventiva nos crimes de lesão corporal e ameaça. **Em outras palavras, usou-se a ação penal de extorsão para decretar a prisão preventiva pelos crimes de lesão corporal e ameaça, apurados em outro processo**.

Ante o exposto, resta claro que a decretação da prisão preventiva, que na sentença condenatória foi mantida sem fundamento próprio, configura claro constrangimento ilegal contra a paciente, razão pela qual deve ser revogada com a concessão da presente ordem de *habeas corpus*.

4. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA

A prisão preventiva foi mantida após a fixação da pena na sentença condenatória, a MM. Juíza sentenciante decidiu pela manutenção da prisão preventiva anteriormente decretada em termos lacônicos e insuficientes para atender ao comando constitucional (art. 93, IX, da CF) e à determinação expressa contida no § 1º do art. 387, do Código de Processo Penal.

Limitou-se a fundamentar do seguinte modo:

> **"A ré não poderá apelar em liberdade, pois continuam presentes os motivos que ensejaram a decretação de sua custódia cautelar, notadamente a necessidade de garantia da ordem pública."**

Ainda que o réu tenha permanecido preso durante toda a tramitação do processo, é de rigor que a manutenção da prisão tenha fundamentação própria, segundo a lei, que impõe expressamente que o "juiz decidirá, **fundamentadamente**, sobre a **manutenção**" da prisão preventiva (art. 387, § 1º). A *ratio legis* do presente dispositivo é a vedação de toda prisão automática, com repetição de termos vagos e imprecisos. Simplesmente dizer que continuam presentes os motivos que ensejaram a prisão anteriormente decretada não é fundamentação válida, pois é mera repetição de fórmulas vagas e abstratas.

Se a lei contemplasse o automatismo que foi empregado pelo MM. Juiz, a lei iria estabelecer que a revogação da prisão preventiva deveria ser fundamentada e não a sua manutenção. Cabe **"ao juiz** —

diz Aury Lopes Jr — **fundamentar que perdura a necessidade da prisão e persiste o *periculum libertatis*."**[2]

Consoante o magistério de Pacelli e Fischer, com a alteração introduzida em 2008[3] e mantida na nova redação de 2012,[4] é imprescindível a mudança da antiga jurisprudência que não exigia nova fundamentação na prisão decretada na sentença condenatória:

> **"Perderá fôlego, assim, antiga jurisprudência consagradora da tese da desnecessidade de nova fundamentação para a prisão, nas hipóteses em que houvesse anterior motivação (na prisão realizada antes da sentença)."**[5]

No caso concreto, não se alegue tratar-se da chamada fundamentação *ad relationem* (ou *per relationem*) porquanto em tal espécie de fundamentação, é exigência da jurisprudência dos Tribunais Superiores que a decisão faça, ao menos, a transcrição da fundamentação anterior.

O Colendo Supremo Tribunal Federal tem inúmeros julgados nos quais impõe como condição para a fundamentação *ad relationem* que seja feita a transcrição da decisão anterior, o que não ocorreu *in casu*. Destaca-se o seguinte:

> **- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de reconhecer a plena validade constitucional da motivação "*per relationem*". Em consequência, o acórdão do Tribunal, ao adotar os fundamentos de ordem fático-jurídica mencionados nas contra-razões recursais da Promotoria de Justiça — e ao invocá-los como expressa razão de decidir — revela-se fiel à exigência jurídico-constitucional de motivação que se impõe ao Poder judiciário na formulação de seus atos decisórios.**

---

[2] LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**: e sua conformidade constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 870.

[3] Redação do parágrafo único dada pela Lei 11.719/2008.

[4] Idêntica redação, agora no § 1º, por força da Lei 12.736/2012.

[5] **PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. FISCHER. Douglas.** Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.** 754.

> **<u>Voto do Relator</u>: "A mera leitura do acórdão ora questionado basta para repelir a ocorrência de vício formal decorrente da alegada ausência de motivação do ato judicial de segunda instância. É que os fundamentos de referido acórdão <u>incorporaram, no seu texto</u>, como razão de decidir, a manifestação que a Promotoria de Justiça ofereceu em sede de contra-razões recursais."** (STF — HC 72.009-RS — 1ª Turma — Rel. Min. Celso de Mello, j. 06/12/1994 — v.u.)

No mesmo sentido, confiram-se os seguintes julgados do STJ:

> **2. Não se desconhece a existência de inúmeros julgados, tanto desta Corte Superior, quanto do Supremo Tribunal Federal, que afastam a alegação de nulidade pela suposta ofensa ao artigo 93, inciso X, da Constituição Federal, quando a autoridade judiciária, ao fundamentar sua decisão, reporta-se à sentença ou ao parecer ministerial. Contudo, conquanto se admita que o magistrado reenvie a fundamentação de seu decisum a outra peça constante do processo, e ainda que se permita que a motivação dos julgados seja sucinta, deve-se garantir, tanto às partes do processo, quanto à sociedade em geral, a possibilidade de ter acesso e de compreender as razões pelas quais determinada decisão foi tomada. 3. Na hipótese, o julgado colegiado não atende ao comando constitucional, porquanto não apresenta de forma mínima os fundamentos que ensejaram a negativa de provimento do apelo interposto pela defesa do paciente, de modo que o reconhecimento de sua nulidade é medida que se impõe (Precedente). 4. Ordem em parte concedida para, reconhecendo a nulidade do acórdão por falta de motivação, determinar que seja realizado novo julgamento da apelação interposta pelos Pacientes, promovendo-se a devida fundamentação da decisão."**(HC 210981/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2011, DJe 21/11/2011)

> **"<u>Ao proferir uma decisão, o magistrado não pode simplesmente fazer remissão aos fundamentos de outra, sem a devida transcrição</u>. Com base nesse entendimento, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) anulou o julgamento de apelação cujo acórdão afirmou apenas que ratificava os fundamentos da sentença e adotava o parecer do Ministério Público.**
>
> **O inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal determina que toda decisão judicial deve ser fundamentada. A jurisprudência do STJ admite que o magistrado adote motivação de outra decisão ou parecer, desde que haja a sua transcrição no acórdão. É a chamada motivação *ad relationem*.**
>
> **<u>No caso julgado, não houve a transcrição de trechos que pudessem indicar a motivação que estava sendo acolhida para negar provimento à apelação</u>. Segundo os ministros da Sexta Turma, essa simples referência não permite apreciar quais foram as razões ou fundamentos da sentença condenatória ou do parecer ministerial e se**

> **as alegações formuladas pela defesa na apelação foram satisfatoriamente rechaçadas."**
> (STJ — HC 220562 — Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira — Desembargadora convocada — j. 21.02.2013)

Na doutrina é muito claro o magistério de Gustavo Badaró:

> **"Também não deve ser aceita a chamada motivação *ad relationem*, em que o juiz acolhe como razões de decidir os argumentos lançados em outro ato, em especial, no requerimento de prisão formulado pelo Ministério Público. Não há em tal forma de decidir a explicitação por parte do magistrado das suas razões de decidir, não bastando o reenvio à justificação contida na manifestação de uma das partes ou, até mesmo, em outra decisão do próprio juiz. Assim agindo, o juiz desrespeita a exigência do art. 93, IX, da CR."[6]**

Em conclusão, a decisão de manutenção da prisão preventiva anteriormente decretada, não atende à exigência contida na regra geral da Constituição Federal (art. 93, IX), nem na regra específica prevista no art. 397, § 1º, do Código de Processo Penal, razão pela qual, por mais esse motivo, é de rigor a concessão da presente ordem de *habeas corpus.*

5. CONCLUSÃO

Requer-se a concessão de ***LIMINAR*** em favor de **V.A.M.**, para o efeito de determinar a expedição de alvará de soltura, para que aguarde o julgamento em liberdade, já que incabível a prisão preventiva, nos termos acima expostos.

Ante todo o exposto, distribuído o feito a uma das Câmaras Criminais, colhidas as informações da autoridade coatora, requer-se a concessão definitiva da ordem de *habeas corpus*, por ser injustificável

[6]BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 746.

a decretação da prisão preventiva, para que seja decretada a **liberdade provisória**, nos termos do art. art. 5º, incisos LIV, LVII, LXV e LXVI, bem como art. 321, do Código de Processo Penal, como medida de **JUSTIÇA.**

Termos em que, p. deferimento.

São Paulo, 22 de agosto de 2013.

José Nabuco Galvão de Barros Filho
OAB-SP nº 147.285